



O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e a Justiça Desportiva: um caso de antinomia jurídica

Autor: Caio Roberto Souto de Moura

Juiz Federal, Mestre em Direito do Estado (PUCRS)

publicado em 13.09.2016

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Resumo

O trabalho pretende fazer uma análise crítica das normas constitucionais relativas à Justiça Desportiva no Brasil, em cotejo com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio estruturante do Estado Democrático de Direito. Demonstra-se que as normas que dirigem os litígios desportivos preferencialmente à Justiça Desportiva, impondo o esgotamento das vias administrativas de solução de litígios desportivos, revelam uma antinomia jurídica com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. A solução da antinomia compreende a utilização do **critério hierárquico-axiológico**, em detrimento do critério da **especialidade**, sendo necessária a hierarquização axiológica das normas antinômicas, aferindo-se os princípios envolvidos. Nesse sentido, a antinomia jurídica somente pode ser superada pelo reconhecimento da fundamentalidade do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, em detrimento da justiça administrativa desportiva de curso forçado.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Justiça Desportiva. Justiça Desportiva administrativa de curso forçado. Antinomia jurídica.

Sumário: Introdução. 1 Base normativa internacional do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. 2 Base normativa do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no Brasil. 3 O conteúdo e o alcance do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. 4 A Justiça Desportiva e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: um caso de antinomia jurídica e a sua solução. 4.1 A antinomia. 4.2 A solução da antinomia: a aplicação do critério hierárquico-axiológico. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

O Direito Processual, como ramo do Direito Público, é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, consistindo em um sistema uniforme, dotado de coerência e homogeneidade, que lhe garantem a unidade.⁽¹⁾

Parte desse sistema é representada por um conjunto de normas de Direito Processual que se encontram registradas diretamente na Constituição Federal, constituindo princípios, mais do que regras. Tal conjunto de princípios, aplicáveis ao processo civil e ao penal, pode ser reconhecido como Direito Constitucional Processual.

Segundo Canotilho, princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Não se estruturam de modo similar às regras, que contêm proibições, permissões ou mandamentos, na forma do “tudo ou nada”. Atuando no sistema jurídico de forma diversa, os princípios impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica.(2)

Os princípios constitucionais contêm caráter informativo, de cunho axiomático, sendo adotados pelo sistema mediante critérios político-ideológicos.(3) Quer significar, portanto, que tais princípios independem de demonstração e são adotados como opções de caráter valorativo, admitindo a interferência contrária de outros princípios, de conteúdo diverso.

O Direito Constitucional contemporâneo, em sua fase de pós-positivismo, atribui central importância aos princípios, com o reconhecimento de sua força normativa. A mudança decorre da crise do positivismo, segundo o qual haveria completa separação entre Direito e moral, devendo valer-se o Direito apenas da **racionalidade formal**. Os princípios constitucionais encarnam os valores de justiça de uma comunidade, impondo a retomada da **racionalidade prática** do Direito, rejeitada pelo positivismo clássico, que desprezava a argumentação racional sobre os valores e a justiça.(4)

Os princípios constitucionais relativos ao sistema processual, portanto, vão conferir abertura e conteúdo ético ao processo, permitindo o controle da legislação processual, que, contendo regras de contenção ao juízo, pode, no caso concreto, afastar-se dos *standards* constitucionais a serem observados pelo Direito Processual.

O **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional** ganha relevância com a divisão do poder estatal em três esferas, com a finalidade de se imporem limites internos ao exercício do poder político, no advento da república, após a Revolução Francesa e a independência norte-americana.

A garantia da liberdade, segundo Montesquieu, dá-se somente naqueles governos em que o poder não está concentrado, mas distribuído por órgãos diferentes que se controlam reciprocamente. Assim, “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”.(5)

O **princípio de moderação** trazido por Montesquieu, assim, impôs a desconcentração das potências legisladora, executora e julgadora em instâncias organicamente distintas e aptas, por sua cooperação e sua complementaridade, a exercer a autoridade do governo segundo um princípio de equilíbrio.(6)

Instituídos os três poderes como estrutura indispensável às

modernas repúblicas constitucionais e dotado o Poder Judiciário da competência de solucionar os conflitos intersubjetivos mediante a aplicação das normas jurídicas, revela-se o processo como o campo de uma função e de uma atividade estatal em que prevalece e domina a pessoa dos órgãos jurisdicionais e a finalidade da atuação não tanto dos direitos dos indivíduos quanto da vontade da lei.(7)

Assim, o **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional** garante integridade à avocação da solução de controvérsias pelo Estado, em substituição ao exercício arbitrário das próprias razões, crime tipificado no Código Penal brasileiro, em seu artigo 345. A criação de uma instância política de solução de conflitos sociais, monopólio do Estado, é substituição da autocomposição dos litígios que apenas tende a perpetuá-los. E o princípio da inafastabilidade garante que tal instância estatal de composição de litígios tenha integral aplicação, não se afastando nenhum tipo de litígio de sua apreciação.

Para Canotilho, a **garantia de acesso aos tribunais** representa mesmo princípio estruturante do Estado de Direito,(8) significando, fundamentalmente, direito à proteção jurídica por meio dos tribunais, de forma ampla. É dizer: inexistente a democracia constitucional sem a consagração da universalidade do acesso ao Poder Judiciário.

1 Base normativa internacional do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

A **inafastabilidade do controle jurisdicional** é garantia inerente ao rol de direitos humanos, considerados internacionalmente como imperativos éticos do Estado Democrático de Direito.

Assim, a **Declaração Universal dos Direitos do Homem** (1948), em seu artigo 10, afirma que "Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal".

Já a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), em seu artigo 6º, inciso I, garante que

"Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente em um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela."

No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), artigo 14, inciso I, afirma-se que

"Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal independente e imparcial, instituído por lei, no tocante a qualquer acusação de caráter penal contra ela formulada ou para a determinação de seus direitos e

obrigações de caráter civil.”

Por último, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (1969), em seu artigo 8º, inciso I, estabelece que

“Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Em tais declarações, revela-se a necessidade de que os direitos fundamentais sejam garantidos pelo **acesso universal ao Poder Judiciário**, como órgão de controle de todos os atos que possam causar lesões ou ameaças a direitos. Elas impõem, ainda, a extensão de tal controle jurisdicional a qualquer tipo de direitos, sem exceções, caracterizando a inafastabilidade do controle jurisdicional como garantia essencial às modernas democracias.

2 Base normativa do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no Brasil

No Brasil, o princípio foi registrado pela primeira vez na Constituição Federal de 1946 (artigo 141, parágrafo 4º). Na Constituição Federal de 1967, constou no artigo 150, parágrafo 4º. Na Emenda Constitucional nº 01/69, foi previsto no artigo 153, parágrafo 4º. Posteriormente, o Ato Institucional nº 05/68 restringiu a garantia da inafastabilidade, vedando a jurisdição sobre os atos praticados pelo comando da revolução (Emenda Constitucional nº 01/69, artigos 181 e 182).

Há previsão, na Constituição Federal de 1988, da **inafastabilidade do controle jurisdicional**, dispondo o art. 5º, inciso XXXV, que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, pode-se afirmar a regra da sindicabilidade de todos os atos, públicos ou privados, que, pela sua natureza, possam ocasionar lesão ou ameaça a direito. O comando constitucional é dirigido ao legislador – destinatário principal da norma –, mas atinge todos indistintamente, vedando a oposição de quaisquer empecilhos ao ingresso em juízo.

No sistema jurídico infraconstitucional, a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional se revela no Código de Processo Civil de 1973, art. 126, primeira parte, que dispõe que “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”. No novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o artigo 3º inclui como norma fundamental do processo civil o mandamento de que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Veda-se, assim, a omissão judicial com base na inexistência de norma legal expressa sobre o tema da controvérsia.

A previsão é corroborada pela Lei de Introdução ao Código Civil, que determina, em seu artigo 4º, que, “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Estabelecem-se, portanto, critérios a serem utilizados pelo juízo na inexistência de norma

expressa sobre a controvérsia.

Reconhece-se, assim, que o controle jurisdicional não deve sofrer limitações de qualquer natureza em função da classe de direitos afirmados, da qualidade dos sujeitos titulares, ou mesmo pela inexistência de disposição normativa expressa sobre a matéria.

3 O conteúdo e o alcance do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

O princípio constitucional da **inafastabilidade do controle jurisdicional** consagra uma garantia processual que assegura o direito público subjetivo de obter a efetiva tutela jurisdicional, em virtude do exercício do direito de ação, na defesa de qualquer direito individual, coletivo ou transindividual. A garantia da tutela jurisdicional, assim, concretiza o direito fundamental à jurisdição, como meio de preservação do conjunto de direitos assegurados pela ordem jurídica.

A norma constitucional não assegura tão somente a proteção do direito de ação e o acesso formal aos órgãos judiciários, mas também garante a efetiva e tempestiva tutela judicial para afastar quaisquer embaraços ao exercício dos direitos substanciais, no plano formal ou material, que configurem, na prática, denegação de tutela jurídica pelo Estado.

O princípio da inafastabilidade, em uma **concepção formal**, restringe-se à possibilidade de acesso aos órgãos jurisdicionais, sem qualquer imperativo de qualificação da jurisdição a ser prestada, seja em relação ao conteúdo e à qualidade do processo, seja em relação ao conteúdo e à qualidade da decisão judicial.

O princípio vem, no entanto, ganhando conteúdo ao longo do tempo, alcançando uma **dimensão substantiva**, que vai implicar uma jurisdição qualificada pelo devido processo legal, quanto ao procedimento, e uma decisão judicial justa e formalmente válida, quanto à decisão que põe fim ao litígio.

A **teoria substantiva** pretende justificar a ideia material de um processo justo, estendendo aos indivíduos mais do que simplesmente um processo legal, mas, sobretudo, um processo legal, justo e adequado.(9) Representa, portanto, uma proteção alargada, a ser oferecida por meio de um processo equitativo, em que o controle jurisdicional incidirá, também, sobre o aspecto material e processual da lide.

A **garantia da via judiciária**, para Canotilho, representa mais do que simplesmente a garantia do acesso ao Poder Judiciário, na sua ótica formal. Requer a observância de suas dimensões materiais, funcionais e organizatórias.(10) Assim, a garantia reforça o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, vedando sua inexecutabilidade ou sua ineficácia por falta de meios judiciais.

A **garantia da inafastabilidade** não pode ser entendida, portanto, como a mera possibilidade de provocação do Poder Judiciário, mas deve assegurar ao jurisdicionado um processo **célere**, desenvolvido em tempo hábil à salvaguarda do direito material invocado, com a devida segurança. Deve o processo,

enfim, ser **efetivo**.

A aceleração da proteção jurídica, contudo, deve ater-se à supressão das dilações processuais indevidas, não sendo tolerável que se obtenha a pretendida celeridade às custas da diminuição das garantias processuais ou materiais que possam conduzir a uma justiça pronta, mas injusta.(11)

A essência do princípio reside em que o jurisdicionado tem o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada, não sendo suficiente a mera tutela judicial, sem que ela se revele hábil à proteção jurídica ao direito invocado.(12)

O processo a ser franqueado ao cidadão pelo princípio da inafastabilidade, entretanto, não fica somente condicionado pela **efetividade temporal** e pela **justiça** da decisão. O próprio procedimento a ser observado deve ser qualificado pela equidade, impondo-se a estrita observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, e pela aplicação da cláusula do **devido processo legal**.

Para Canotilho, as dimensões jurídico-constitucionais do **direito ao processo equitativo**, nesse sentido, superam as dimensões meramente formais do **simples direito ao processo**. Pressupõem o direito a uma decisão fundada no Direito, a garantia do estabelecimento de pressupostos materialmente adequados, o direito à proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada e, finalmente, o direito à execução das decisões dos tribunais.(13)

Revelam-se, assim, os parâmetros da integral observância do **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. O acesso ao Judiciário deve ser **irrestrito**, subjetiva e objetivamente, não se admitindo a exclusão de classes de direitos ou de indivíduos legitimados. O processo deve ser **temporalmente efetivo**. Hábil, portanto, a proteger o direito lesado ou ameaçado, em sua dimensão temporal. O processo deve ser **equitativo**, proporcionando aos contendores a plena possibilidade de exposição e apreciação de suas razões e provas. Finalmente, a decisão culminante deve estar em consonância com as normas do sistema jurídico, em seu aspecto formal e material, devendo trazer um comando que revele o princípio de **justiça** para o caso concreto.

O princípio da inafastabilidade, entretanto, não é incondicionado. Há limites naturais e legítimos ao exercício do direito de ação.(14)

O direito de ação necessita, para ver-se concretizado, da verificação das **condições da ação**, para que o autor obtenha uma prestação jurisdicional de mérito. Tais condições encontram-se elencadas no inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil de 1973. Do mesmo modo, há a necessidade de verificação dos **pressupostos processuais** (Código de Processo Civil/73, artigo 267, inciso IV), para que possa o juízo manifestar-se sobre o mérito da controvérsia.

Também os **limites formais e temporais** estabelecidos na lei processual não rompem, por si sós, a **garantia da inafastabilidade**. Ao contrário, representam regramentos necessários à efetivação da jurisdição abrangente, a qual se quer

ordenada em um procedimento que esteja em conformidade com os ditames dos demais princípios constitucionais informadores do processo, como o *due process of law*.

Na ausência de tais pressupostos e condições, não se veda o **acesso formal** ao Poder Judiciário, mas se limita a possibilidade de este manifestar-se sobre o mérito da controvérsia, devendo o Estado-juiz ater-se a extinguir o feito sem o julgamento de mérito. Assim, ausentes os pressupostos e as condições processuais, a **garantia da inafastabilidade** restringe-se à formalidade do acesso, apenas, não se logrando o acesso substancial à jurisdição sobre a controvérsia.

Há importante diferenciação entre a **garantia da inafastabilidade** do controle jurisdicional e a eventual **decisão de mérito favorável** ao autor da ação. O direito de ação não implica obrigatoriedade de decisão favorável para ver-se concretizado, bastando que a demanda proposta tenha sido efetivamente apreciada por órgão jurisdicional, em um procedimento cercado das formalidades do contraditório e da ampla defesa. Nesse caso, eventual decisão de mérito contrária ao interesse do autor não descaracteriza a garantia. A prolação de **decisão de mérito desfavorável** também revela a efetiva concretização do direito de ação.

O **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**, em sua face substancial, implica a proibição de recusa da jurisdição, sob qualquer modalidade, mesmo de modo indireto ou reflexo. Veda-se, assim, a adoção de formas procedimentais que, na prática, restrinjam demasiadamente o direito de ação. Depósitos exorbitantes, custas elevadas, qualificações excessivamente restritivas quanto ao legitimado ativo podem revelar, na prática, a denegação do direito de ação.

A adoção de ritos e formalidades, embora necessária, não pode se traduzir em um jogo reconduzível à existência de formalidades e pressupostos processuais cuja desatenção, pelo jurisdicionado, implique a perda automática das causas. A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, embora compatível com a exigência de pressupostos processuais e condições da ação, não pode ficar sujeita a requisitos desnecessários, inadequados ou desproporcionais.(15)

É nesse sentido a aplicação do **princípio da fungibilidade recursal**, segundo o qual, na inexistência de erro grosseiro, devem os tribunais considerar o mérito do recurso equivocado, desde que presente a dúvida objetiva sobre qual o procedimento recursal correto.(16)

O **princípio da inafastabilidade**, também, não implica a gratuidade universal do processo. Se a taxa, no entanto, for excessiva, pode frustrar o acesso ao Poder Judiciário. Tal imposição é determinante para a instituição da assistência judiciária gratuita, destinada a proporcionar o acesso ao Poder Judiciário para aqueles que não podem arcar com custas módicas.(17) A Súmula nº 667 do Supremo Tribunal Federal confirma a assertiva: "Viola a garantia constitucional do acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa".

Há situações, no entanto, em que o sistema jurídico prevê

exceções, limitações, ou mesmo possibilidades alternativas de resolução de conflitos que, à primeira vista, podem representar efetivo embaraço ao acesso ao Poder Judiciário. Podem consistir também na fixação de condições de procedibilidade a serem observadas, para que se autorize a manifestação jurisdicional sobre a controvérsia ou sobre os recursos das decisões judiciais.

Examina-se, no tópico seguinte, uma severa restrição ao **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: a exigência do esgotamento da instância administrativa nos litígios envolvendo competições esportivas.

4 A Justiça Desportiva e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: um caso de antinomia jurídica e a sua solução

4.1 A antinomia

Dispõe a Constituição Federal, na parte relativa às normas sobre o desporto (artigo 217), que o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após se esgotarem as instâncias da Justiça Desportiva (parágrafo 1º). Além disso, delimita o prazo máximo em que a Justiça Desportiva deverá proferir decisão final, fixando-o em sessenta dias (parágrafo 2º).

Trata-se, aqui, do único caso previsto, constitucionalmente, de exigência de prévio esgotamento da instância administrativa como condição ao acesso ao Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1969, em seu artigo 153, § 4º, autorizava lei a exigir o prévio esgotamento da esfera administrativa para a propositura de ação judicial, erigindo-o como condição de procedibilidade. Tratava-se da **instância administrativa de curso forçado**. A Constituição Federal de 1988, entretanto, não repetiu a exigência quanto ao conjunto de direitos assegurados aos cidadãos.

A **instância administrativa de curso forçado**, portanto, apenas foi estabelecida em relação aos litígios desportivos, os quais, como se sabe, têm alta significação social, dado o valor que a sociedade brasileira – e, de resto, em quase todo o mundo – atribui às competições esportivas, notadamente em relação ao futebol.

À primeira vista, a condição de procedibilidade – o prévio esgotamento da instância administrativa – não exclui completamente a possibilidade de controle jurisdicional, apenas diferindo-o no tempo, sujeitando-o à manifestação inicial dos tribunais desportivos. Ademais, a fixação do prazo máximo de sessenta dias para que a contenda seja resolvida definitivamente nessa sede administrativa parece indicar que se está, apenas, impondo a dilação temporal para o acesso ao Judiciário.

Uma análise mais aprofundada, no entanto, revela o descompasso de tal instância administrativa de curso forçado com o sistema constitucional brasileiro, no campo da franca e obrigatória sindicabilidade de todos os atos, públicos ou privados, pelo Poder Judiciário.

A imposição de acesso inicial à instância administrativa, aqui, faz mais do que simplesmente estabelecer um filtro ao acesso ao Judiciário. De fato, poder-se-ia supor que tal medida representaria uma tentativa de solução extrajudicial, reservando ao exame jurisdicional apenas os litígios que ainda persistissem após a manifestação administrativa.

No entanto, os fatos demonstram que o controle administrativo das demandas vai muito além. As sanções impostas pelas confederações esportivas aos clubes que pretendam ingressar com ações judiciais, mesmo depois de esgotada a instância administrativa, vedam, na prática, o acesso ao Judiciário, terminando por estabelecer a instância administrativa como **instância única**.

Ameaças de impedimento de participação nas principais competições representam, para as instituições esportivas, verdadeira sentença de morte. Ao não participarem de tais competições, veem-se privadas de verbas indispensáveis à sua manutenção, além do efeito natural de degenerescência das agremiações, decorrente da ausência de motivação e da consequente manutenção de suas torcidas, que, como se sabe, representam o grande patrimônio dos clubes, principalmente de futebol.

Segue-se um natural círculo vicioso imposto às equipes que ousam desafiar o monopólio administrativo. Excluídas das competições, são privadas de fontes de financiamento. Privadas de recursos financeiros, veem-se impedidas de formarem equipes competitivas. Sem equipes competitivas, não mais se sustentam entre as equipes desportivas principais, sendo, gradativamente, relegadas aos pelotões inferiores do desporto.

Registram-se casos de ameaças de imposição de tais sanções draconianas ainda que as ações judiciais tenham sido intentadas por terceiros, que não as próprias organizações esportivas. É fato notório que clubes esportivos já foram levados a assinar declarações de que abdicariam dos benefícios dos efeitos de eventual ação judicial que lhes fosse favorável, em **ação proposta por terceiro**, sob pena de serem impedidos de participar de competições esportivas no âmbito nacional e mesmo no internacional.

Veja-se a contundência da atuação administrativa: não só veda a participação da entidade esportiva como **parte** no processo judicial, mas exclui, também, dos próprios efeitos da sentença um dos atingidos pelo provimento judicial, em inaceitável limitação à coisa julgada. Trata-se de verdadeira interdição de direitos, que compromete, irremediavelmente, a garantia de acesso ao Poder Judiciário.

O próprio **prazo de sessenta dias** (Constituição Federal, artigo 217, § 2º) não parece adequado à necessidade de rapidez na solução de demandas relativas a competições esportivas, que se desenrolam em um curto espaço de alguns meses. Observa-se, aqui, também no aspecto da dilação temporal, uma inadequação entre o tempo necessário ao provimento jurisdicional, considerando-se a necessária etapa administrativa, e o tempo necessário para a sua eficácia, dada a natureza do direito controvertido.

No campo dos litígios desportivos, não é de se desconsiderar, por outro lado, a possibilidade da existência de interesses conflitantes entre as confederações esportivas e as entidades a elas vinculadas. Não se desconhece que as competições esportivas podem envolver grandes interesses econômicos, e que as confederações esportivas e as entidades singulares integrantes também os têm, nem sempre coincidentes. Afirmar-se, portanto, a possibilidade do monopólio administrativo na solução dos litígios esportivos, por meio de quaisquer expedientes, é aceitar a possibilidade da solução de controvérsias sem um conteúdo mínimo de justiça e de equidade.

O **controle jurisdicional adequado**, como já se viu, requer a efetividade na solução das demandas. Tal efetividade se vê completamente esvaziada quando se constata que a solução judicial apenas pode ser buscada por clubes que, além de ousarem, sob risco de sua própria existência, enfrentar o poder administrativo das confederações esportivas, somente podem fazê-lo quando, na prática, o momento adequado da proteção jurisdicional já se esgotou.

O que se constata é a absoluta diferença de tratamento dos litígios desportivos em relação aos demais litígios, envolvendo todo o conjunto de direitos assegurados pela Constituição Federal. Mesmo nos casos de grande relevância econômica ou social, em que se verifica a possibilidade de um julgamento administrativo, como na seara tributária, inexistente limitação essencial a que o cidadão recorra diretamente ao Poder Judiciário, ou submeta a própria decisão administrativa ao crivo judicial, em tempo hábil à proteção do direito ameaçado.

Tal possibilidade concretiza a ampla sindicabilidade dos atos e decisões administrativas, da qual não escapam, respeitadas as formas recursais e as instâncias, os próprios atos e decisões judiciais. É estranho à lógica do sistema o tratamento único dado aos litígios desportivos, não se vislumbrando fundamento jurídico ou fático que o justifique.

Fica evidenciada, portanto, a **antinomia jurídica** existente entre as normas que veiculam o **princípio constitucional do direito de ação** (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV) e a **regra da instância administrativa de curso forçado** nas questões desportivas (Constituição Federal, artigo 217).

Conceitua Juarez Freitas que,

“Por antinomias jurídicas entendem-se incompatibilidades possíveis ou instauradas entre regras, valores ou princípios jurídicos, pertencentes validamente ao mesmo sistema jurídico, tendo que ser vencidas para a preservação da unidade e da coerência sistemática e para que se alcance a efetividade máxima da pluralista teleologia constitucional.”(18)

Defende o autor uma visão mais abrangente do conceito de antinomia jurídica, entendendo, também, como tal, o **conflito axiológico** entre normas, superando-se a estreita visão de antinomia como limitada à incompatibilidade apenas formal entre normas do mesmo sistema jurídico.(19)

A tensão existente entre o **princípio da inafastabilidade do**

controle jurisdicional e a regra da instância administrativa de curso forçado para os litígios esportivos é de alta significância para o sistema, ocasionando importantes atritos internos no conjunto de valores tutelados na Constituição Federal. Assim, muito embora inexista incompatibilidade formal, a incompatibilidade axiológica é evidente.

4.2 A solução da antinomia: a aplicação do critério hierárquico-axiológico

A natureza de disposição constitucional originária do artigo 217 da Constituição Federal torna a solução mais complexa. A norma já constou da primeira redação da Constituição Federal de 1988, não tendo sido apenas veiculada em reforma constitucional posterior. É fruto, portanto, do poder constituinte originário, distinto, anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo.(20)

Se a possibilidade do controle da constitucionalidade das normas provenientes do poder constituinte derivado não desperta maiores perplexidades na doutrina e na jurisprudência,(21) o mesmo não ocorre quando se examina a antinomia entre normas provenientes do mesmo poder constituinte originário, isto é, a existência de **normas constitucionais inconstitucionais**.

Alexandre de Moraes nega a possibilidade. As cláusulas pétreas, segundo entende, não podem ser invocadas para a sustentação da tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias inferiores em face de normas ou princípios constitucionais superiores. A Constituição as prevê apenas como limites ao **poder constituinte derivado reformador**, limites que não são autoaplicáveis ao próprio **poder constituinte originário**. O sistema constitucional brasileiro, portanto, não acolheria a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais, que possibilitaria o reconhecimento da inconstitucionalidade de normas constitucionais positivadas por incompatíveis com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da justiça.(22)

Canotilho, ao comentar o **princípio da unidade da Constituição**, refere que

“O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas em uma Constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infraordenação dentro da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: (1) a tese das **antinomias normativas**; (2) a tese das **normas constitucionais inconstitucionais**. O princípio da unidade da Constituição é, assim, expressão da própria **positividade normativo-constitucional** e um importante elemento de interpretação.”(23)

A possibilidade é mesmo negada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da ADI nº 815-3, em sua composição plenária, firmou que “a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é

impossível com o sistema de Constituição rígida”.(24)

No caso, entretanto, resta claro o desnível hierárquico entre o **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional** e a **regra da instância administrativa de curso forçado** nos litígios desportivos.

Otto Bachof(25) já alertara para a possibilidade da existência de normas que, a despeito de se situarem **formalmente** no corpo da Constituição, não contêm mandamentos materialmente constitucionais, podendo ser consideradas, portanto, inconstitucionais, quando em confronto com disposições **materialmente constitucionais**.

Tal é o caso da tensão entre a **regra que institui a instância administrativa de curso forçado** para os litígios esportivos e o **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. Pode-se concluir, dada a característica estruturante, para o Estado Democrático de Direito, da **garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional**, que esta se situa em patamar hierárquico muito superior à norma que determina a **instância administrativa de curso forçado** para as questões desportivas.

Para Zaiden Geraige Neto,

“O dispositivo do inc. XXXV do art. 5º da CF é um princípio constitucional, uma garantia ao jurisdicionado, um verdadeiro sustentáculo do Estado Social e Democrático de Direito, que mantém à distância os procedimentos despóticos dos períodos de exceção, enquanto o § 1º do art. 217 é mera disposição secundária, que cuida de matéria absurdamente distante da importância dos princípios constitucionais e dos bens coletivos.”(26)

Não se há de colocar no mesmo **nível de fundamentalidade** para o sistema jurídico, por certo, as duas normas em cotejo. A norma desportiva não contém mandamentos que representem vetores de necessária observância pelas instituições políticas ou pela ordem jurídica. Por outro lado, retira do crivo judicial, na prática, questões de sensível valor social, submetendo-as unicamente a órgãos administrativos, despidos da necessária legitimidade social e política.

Afasta-se a possibilidade da solução da antinomia jurídica pela utilização dos **critérios cronológico**, dado que as duas normas são contemporâneas, e **da lei superior**, dado que ambas têm sua origem no poder constituinte originário.

A solução, portanto, deverá passar, necessariamente, pela utilização do **critério hierárquico-axiológico**, o qual deve prevalecer sobre o critério da **especialidade**. O instrumento consiste na **hierarquização axiológica das normas antinômicas**, aferindo-se os princípios envolvidos, conforme uma visão mais ampla de hierarquização constitucional. A prevalência deste sobre o **critério da especialidade** é uma imposição, sob pena de se perder a ideia de que os princípios estão situados no topo do ordenamento jurídico, devendo as regras estar harmonicamente subordinadas.(27) No conflito entre **regra especial** e **princípio superior**, há de preponderar

este.

Impõe-se a **interpretação sistemática da norma em exame**, a qual pressupõe a hierarquização necessária dos princípios e das regras constitucionais, sem que seja lícito admitir-se a violação de qualquer princípio constitucional. E a exegese constitucional sistemática deve vir acompanhada do dever de garantir a maior tutela jurisdicional possível, além de sacrificar o mínimo na preservação do máximo de direitos fundamentais.(28)

Alia-se a tais considerações a necessidade de somente se ver declarada inconstitucional a norma que afronte o sistema de forma manifesta e incontornável, impondo-se ao intérprete um **conserto interpretativo** diante das múltiplas alternativas oferecidas pela Constituição Federal.(29)

Posta, portanto, a necessidade de uma **interpretação conforme**, e atento à radicalidade de uma negação frontal à validade da norma do artigo 217 da Constituição Federal, a ser evitada, sua leitura deve ser temperada no caso concreto. Assim, efetuando-se o cotejo necessário com o **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**, que deve ser efetivo e adequado, pode-se concluir pela submissão da **regra da instância administrativa de curso forçado** nas questões desportivas ao princípio que consagra o **direito de ação**.

Sempre que o direito ameaçado se revelar inadequadamente tutelado pela obrigatória e prévia apreciação administrativa, seja pela inadequação temporal da resposta administrativa, seja pelas características peculiares da própria formação dos órgãos administrativos, seja, enfim, pela imposição de sanções administrativas, frente ao caso concreto, o **curso administrativo forçado** não deve ser garantido de modo absoluto.

Assim, somente da análise casuística é que se poderá concluir pela aplicabilidade da **norma do artigo 217, § 1º, da Constituição Federal**, sendo lícita e impositiva a negativa pontual de vigência, quando as circunstâncias do caso concreto assim recomendarem.

A complexidade teórica da questão de sua validade frente ao **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional** não deve ser óbice a que se veja, dos fatos, quando a aplicação intransigente da norma pode dar ensejo à violação de princípios de ordem superior na escala valorativa do sistema jurídico.

Conclusão

O princípio constitucional da **inafastabilidade do controle jurisdicional** consagra uma garantia fundamental que traduz o direito público subjetivo de obtenção da efetiva tutela jurisdicional na defesa de direitos de qualquer natureza.

A norma constitucional não assegura tão somente o acesso formal aos órgãos judiciários, mas também garante a **efetiva e tempestiva tutela judicial** para afastar as violações ou ameaças ao exercício dos direitos consagrados na ordem jurídica. Veda quaisquer limitações ou embaraços, materiais ou procedimentais, que configurem, na prática, denegação de tutela

jurídica pelo Estado.

A essência do princípio reside em que o jurisdicionado tem o direito de obter do Poder Judiciário a **tutela jurisdicional adequada**, hábil, portanto, à proteção jurídica do direito invocado. O controle jurisdicional adequado implica a **efetividade** na solução das demandas, quando levadas ao Poder Judiciário.

A **instância administrativa de curso forçado**, exigida na solução dos litígios desportivos (Constituição Federal, artigo 217, §§ 1º e 2º), pode comprometer a efetividade da tutela jurisdicional assegurada à entidade desportiva cujos direitos estejam ameaçados ou violados. A imposição de sanções administrativas aos clubes que buscam a tutela jurisdicional e a dilação temporal criada pela instância administrativa obrigatória comprometem, na prática, a atuação plena do **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**.

Evidencia-se a **antinomia jurídica** existente entre a norma que veicula o **princípio constitucional do direito de ação** (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV) e a **regra da instância administrativa de curso forçado** nas questões desportivas (Constituição Federal, artigo 217).

A solução da antinomia compreende a utilização do **critério hierárquico-axiológico**, em detrimento do critério da **especialidade**, sendo necessária a hierarquização axiológica das normas antinômicas, aferindo-se os princípios envolvidos.

Conclui-se pela submissão da **regra da instância administrativa de curso forçado** nas questões desportivas ao princípio que consagra o **direito de ação**, vedando-se, no entanto, a negação, em tese, da validade da regra atinente à solução dos litígios desportivos.

Assim, sempre que, no caso concreto, o direito ameaçado se revelar inadequadamente tutelado pela obrigatória e prévia apreciação administrativa, o **curso administrativo forçado** não deve ser garantido de modo absoluto, privilegiando-se o controle jurisdicional.

Referências bibliográficas

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Almedina, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 466-2-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **DJ**, 10 maio 1991.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815-3. Relator: Ministro Moreira Alves. **DJ**, 10 maio 96, p. 15.131. Ementário nº 1.827-02.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual**

Civil. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I. p. 22.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2004.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional:** art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

Notas

1. NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26.

2. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003. p. 1255.

3. NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 36.

4. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 78-9.

5. MONTESQUIEU. **L'esprit des lois**, XI, IV, p. 395, apud GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 240.

6. GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 240.

7. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 1969. v. I. p. 22.

8. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Op. cit., p. 491.

9. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Op. cit., p. 494.

10. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Op. cit., p. 275.

11. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Op. cit., p. 499.

12. NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na**

Constituição Federal. Op. cit., p. 132.

13. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Op. cit., p. 498-501.

14. NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** Op. cit., p. 137.

15. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Op. cit., p. 498-9.

16. NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** Op. cit., p. 138.

17. NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** Op. cit., p. 137.

18. FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2004. p. 102.

19. FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 91.

20. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002. p. 55.

21. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 466-2-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **DJ**, 10 maio 1991. Ementário nº 1.619-01, de onde se extrai: "A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas – que não são normas constitucionais originárias – não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade".

22. MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 610.

23. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 1.183.

24. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815-3. Relator: Ministro Moreira Alves. **DJ**, 10 maio 1996, p. 15.131. Ementário nº 1.827-02.

25. BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994. p. 63.

26. GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional:** art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 72.

27. FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 100.

28. FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 185, 194 e 196.

29. FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 218-19.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):
MOURA, Caio Roberto Souto de. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e a Justiça Desportiva: um caso de antinomia jurídica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 73, set. 2016. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao073/Caio_deMoura.html>
Acesso em: 05 out. 2016.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS